

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### De nieuwe Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie

Queck, Robert; lievens, Robert; stevens, David; valcke, Peggy

*Published in:*  
Auteurs et Média

*Publication date:*  
2006

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Queck, R, lievens, R, stevens, D & valcke, P 2006, 'De nieuwe Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie: laattijdige leerling in overambitieuze Europese klas ?', *Auteurs et Média*, no. 2, pp. 161-176.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# De nieuwe Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie: laattijdige leerling in overambitieuze Europese klas?

David Stevens, Peggy Valcke, Eva Lievens en Robert Queeck<sup>(\*)</sup>

*De federale Wet betreffende de elektronische communicatie van 13 juni 2005 werd op 20 juni 2005 in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd. Deze bijdrage behandelt achtereenvolgens het toepassingsgebied en de krachtlijnen van de nieuwe wet, het gehanteerde begrippenkader en evalueert tenslotte de mate waarin bij zijn voornaamste doelstellingen (zoals het vereenvoudigen van de toetreding tot de markt, het aanmoedigen van een effectieve mededinging tussen de markspelers en een betere bescherming van de gebruikers) in de toekomst zal kunnen realiseren.*

*La loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques a été publiée au Moniteur belge du 20 juin 2005. Après avoir éclairci le champ d'application, les lignes de force et le cadre conceptuel de la nouvelle loi, cet article analyse la mesure dans laquelle la loi réussira à atteindre ses objectifs principaux, à savoir: faciliter l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises en simplifiant les conditions d'accès au marché, optimiser les règles de concurrence entre les opérateurs et assurer une meilleure protection des consommateurs.*

## I. Recente initiatieven op Europees en nationaal vlak

Het juridische kader voor de informatie- en communicatiesectoren is opnieuw volop in beweging. Zowel op Europees als op nationaal niveau zijn er belangrijke evoluties te melden op het vlak

van de regulering van inhoud en van transmissie van elektronische signalen. De herziening van de Richtlijn «Televisie zonder grenzen»<sup>(1)</sup> kwam in een stroomversnelling terecht, met als resultaat het op 13 december jl. aangenomen voorstel van de Europese Commissie voor een «Richtlijn betreffende audiovisuele mediadiensten»<sup>(2)</sup>. Een geharmoniseerd en beter aangepast kader voor allerlei nieuwe audio-

\* David STEVENS en Eva LIEVENS zijn wetenschappelijk medewerker aan het Interdisciplinair Centrum voor Recht en ICT (ICRI) van de K.U.Leuven – IBBT. Prof. dr. Peggy VALCKE is docent mediarecht aan de K.U.Brussel en als post-doctoraal onderzoeker van het F.W.O.-Vlaanderen eveneens verbonden aan het ICRI. Robert QUEECK is «maître de conférences» en adjunct-directeur van het Centre de recherches informatiques et droit (C.R.I.D.) van de F.U.N.D.P. te Namen. Deze bijdrage werd mee mogelijk gemaakt dankzij een adviesopdracht voor de *Belgian Telecommunications Users Group*, Beltug ([www.beltug.be](http://www.beltug.be)). Zie eveneens: Peggy VALCKE en David STEVENS, «Recente ontwikkelingen communicatierecht (2004-2006): Nieuw federaal en Vlaams kader voor telecommunicatie en omroep», in VRG-Alumni, *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2006, 53-92 en Quentin COPPIETERS 'T WALLANT, Eva LIEVENS, Robert QUEECK, David STEVENS en Peggy VALCKE, «Le nouveau cadre réglementaire des communications électroniques: une avancée significative sur un terrain incertain?», *Revue de droit des technologies de l'information*, 2006, nr. 24, 69-105.

(1) Richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, PB. L. 17 oktober 1989, afl. 298, 23, zoals gewijzigd door Richtlijn 97/36/EG, PB. L. 30 juli 1997, afl. 202, 60.

(2) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, COM(2005) 646final. De evolutie van het voorstel kan worden opgevolgd via de volgende link: [http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/regul\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/regul_en.htm). Voor een eerste beknopte bespreking, zie: Peggy VALCKE en David STEVENS, «Graduated Regulation of Regulatable Content and the European Audiovisual Media Services Directive – One small step for the industry and one giant leap for the legislator?», paper voorgesteld op de 2<sup>e</sup> internationale CICT conferentie «Next Generation Broadband – Content and user perspectives», Kopenhagen, 1-2 december 2005, beschikbaar op: <http://ngb.cict.dtu.dk/> en <http://www.icri.be>.

visuele diensten en technieken (waaronder nieuwe reclamevormen, zoals *product placement*) is hiervan de doelstelling. Daarnaast trok de Europese Commissie (DG Informatiemaatschappij en Media) op 25 november jl. ook de herziening op gang van de richtlijnen over het transport van elektronische communicatiesignalen door een publieke consultatie hierover<sup>(3)</sup>.

Terwijl Europa volop werkt aan de volgende generaties van richtlijnen (voorzien voor 2007-2008), slaagde ons land er afgelopen jaar dan toch in om – na twee veroordelingen door het Hof van Justitie<sup>(4)</sup> – de elektronische communicatierichtlijnen van maart 2002<sup>(5)</sup> op federaal niveau om te zetten.

(3) «Call for Input on the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications and services including review of the Recommendation on relevant markets», [http://europa.eu.int/information\\_society/policy/ecomms/info\\_centre/documentation/public\\_consult/](http://europa.eu.int/information_society/policy/ecomms/info_centre/documentation/public_consult/).

(4) H.v.J. 10 maart 2005, *Europese Commissie t. Koninkrijk België*, nr. C-240/04, *PB. L.* 14 mei 2005, afl. 115, 8 en H.v.J. 28 april 2005, *Europese Commissie t. Koninkrijk België*, nr. C-376/04, *PB. L.* 11 juni 2005, afl. 143, 14, eveneens beschikbaar via: <http://www.curia.eu.int>.

(5) Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad nr. 2002/21/EG, 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *PB. L.* 24 april 2002, afl. 108, 33; Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad nr. 2002/20/EG, 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), *PB. L.* 24 april 2002, afl. 108, 21; Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad nr. 2002/19/EG, 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), *PB. L.* 24 april 2002, afl. 108, 7; Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad nr. 2002/22/EG, 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), *PB. L.* 24 april 2002, afl. 108, 51; Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad nr. 2002/58/EG, 12 juli 2002, betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Richtlijn betreffende *privacy* en elektronische communicatie), *PB. L.* 31 juli 2002, afl. 201, 37 (hierna: «e-Privacyrichtlijn»); Richtlijn van de Commissie nr. 2002/77/EG, 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *PB. L.* 17 september 2002, afl. 249, 21. Over deze richtlijnen, zie: Peggy VALCKE, David STEVENS en Jos DUMORTIER, «Van Telecommunicatie naar Elektronische Communicatie – Een eerste verkenning van het nieuwe Europese kader voor de elektronische communicatiesector», *R.W.* 2002-2003, 841-857; Alexandre DE STREEL en Robert QUECK, «Un nouveau

cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe», *J.T.D.E.* 2003, 193-202; Alexandre DE STREEL, Robert QUECK en Philippe VERNET, «Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques», *Cah. dr. eur.* 2002, 243-314.

De Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie vervangt de telecomunicatiebepalingen uit de oude Wet van 21 maart 1991 en brengt het Belgische regelgevend kader inzake telecomunicatie op die manier grotendeels in overeenstemming met de Europese richtlijnen.

In deze bijdrage gaan wij uitsluitend in op de federale materiële bepalingen betreffende de elektronische communicatie. De problematiek van de bevoegdheidsverdeling als dusdanig<sup>(6)</sup> (met name: de federale overheid bevoegd voor telecomunicatie en de gemeenschappen voor radio-omroep en televisie) en van de huidige blokkering op wetgevend en regulerend niveau<sup>(7)</sup> wordt in deze bij-

cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe», *J.T.D.E.* 2003, 193-202; Alexandre DE STREEL, Robert QUECK en Philippe VERNET, «Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques», *Cah. dr. eur.* 2002, 243-314.

(6) Voor wie met deze problematiek nog niet vertrouwd zou zijn, zie o.m.: David STEVENS, Caroline UYTENDAELE en Peggy VALCKE (i.s.m. Robert QUECK) «De implementatie van de communicatierichtlijnen in België: kwinter of kakofonie?», *Computerrecht* 2003, afl. 1, 44-61; Philippe GÉRARD, Robert QUECK, Peggy VALCKE en David STEVENS, «Réglementation des réseaux et services de communications électroniques – Perspectives européennes et enjeux pour la Belgique fédérale», *A&M* 2002, afl. 3, 257-272.

(7) In een recent arrest oordeelde het Arbitragehof dat hoewel de B.W.H.I. geen samenwerking tussen de betrokken overheden oplegt, het proportionaliteitsbeginsel toch zou zijn geschonden wanneer de betrokken overheden bepalingen over de elektronische communicatie-infrastructuren zouden uitvaardigen zonder voorafgaand overleg: arrest nr. 132/2004 van 14 juli 2004 (bevestigd door arrest nr. 128/2005 van 13 juli 2005). Zie hierover: David STEVENS, «De bevoegdheidsverdeling in de elektronische communicatie: van uit de hand gelopen schietincident tot nucleaire ramp?», noot bij Arbitragehof nr. 132/2004 en nr. 155/2004, *A&M* 2005/2, 159-166; Robert QUECK en Peggy VALCKE (i.s.m. Quentin COPPIETERS 'T WALLANT), «L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004: percée ou impasse?», noot onder Arbitragehof nr. 132/2004, 14 juli 2004, *R.D.T.I.* 2005, afl. 21, 51-73; Robert QUECK en Quentin COPPIETERS 'T WALLANT, «La compétence de la Communauté germanophone en matière de radiodiffusion aux prises avec le progrès technologique», in Katrin STANGHERLIN (ed.), *La Communauté germanophone de Belgique Die Deutschsprachige Gemeinschaft Belgiens*, Coll. Projucit, Bruges, La Chartre, 2005, 405-445. De afdeling wetgeving van de Raad van State volgt het Arbitragehof grotendeels in deze redenering (waarbij een strengere houding waar te nemen valt bij de Franstalige kamer). Zie bijvoorbeeld: *RvSt.* (afd. wetg.), 28 september 2004, 37.660/3, 6, beschikbaar op: <http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/documents/157rvstdgem.pdf>.

drage niet specifiek toegelicht. Ook het ontwerp van samenwerkingsakkoord dat tussen de betrokken overheden momenteel wordt besproken en waarin afspraken zullen worden gemaakt over het overleg inzake wetgevende initiatieven en over het gezamenlijk uitoefenen van de bevoegdheden van de verschillende regulatoren, zoals het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (B.I.P.T.), de Vlaamse Regulator voor de Media (V.R.M.)<sup>(8)</sup>, de «Conseil supérieur de l'Audiovisuel» (C.S.A.) en de «Medienrat» van de Duitstalige Gemeenschap komt niet aan de orde. Verder gaan wij niet dieper in op de bepalingen over het statuut van de federale regulator, de rechtsmiddelen en geschillenbeslechting.

Tenslotte behandelt deze bijdrage evenmin de bepalingen over het transport van elektronische signalen voor radio-omroep en televisie<sup>(9)</sup>, met name: de Vlaamse «decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd bij besluit van de Vlaamse regering van 4 maart 2005» (B.S. 8 april 2005), het «décret du 27 février 2003 sur la radio-diffusion» (B.S. 17 april 2003) van de Franse Gemeenschap, het «Dekret über den Rundfunk und die Kinovorstellungen» (B.S. 6 september 2005) van de Duitstalige Gemeenschap en het door de ministerraad van 30 september 2005 goedgekeurde voorontwerp van wet houdende wijziging van de wet van 30 maart 1995 betreffende de netten voor distributie voor omroepuitzendingen en de uitoefening van de televisieomroep-activiteiten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad<sup>(10)</sup>.

(8) Opgericht door het decreet van 16 december 2005 houdende de oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Vlaamse Regulator voor de Media en houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005, B.S. 30 december 2005. De Vlaamse Regulator voor de Media komt in de plaats van het Vlaams Commissariaat voor de Media, de Geschillenraad en de Kijk- en Luisterraad.

(9) Hierover: Caroline UYTENDAELE, «Nieuw Europees regelgevend kader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten – Omzetting door de Gemeenschappen», *Mediarecht. Telecommunicatie en telematica* 2002, Kluwer, Antwerpen.

(10) Alle relevante documenten hierover zijn terug te vinden op de volgende URL: <http://www.law.kuleuven.be/icri/cl/ecomlaw.php>.

(11) En werd intussen reeds tweemaal gewijzigd, naar «goede» gewoonte via programmawet: zie artt. 76 en 79 van de Wet van 20 juli 2005 houdende diverse bepalingen (B.S. 29 juli 2005) en de artt. 23, 24 en 25 van de

## II. Overzicht federaal kader voor de elektronische communicatie

De federale Wet betreffende de elektronische communicatie van 13 juni 2005 werd op 20 juni 2005 in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd<sup>(11)</sup>. Kort nadien werd ook de Wet van 6 juli 2005 betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie gepubliceerd (B.S. 11 augustus 2005). Het federale wetgevende kader voor de elektronische-communicatiesector ziet er sinds de inwerkingtreding van beide teksten als volgt uit<sup>(12)</sup>.

1. de nieuwe *Wet betreffende de elektronische communicatie (wet e-communicatie)*, die in de plaats is gekomen van nagenoeg de gehele Titel III van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving; de bepalingen over de *doorgangsrechten* van operatoren op openbaar en privaat domein blijven evenwel behouden in de artikelen 97 tot en met 104 van de *Wet van 21 maart 1991* betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven;
2. de *Wet met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (B.I.P.T.-Wet)*, waarin de voornaamste institutionele bepalingen worden samengebracht;

Wet van 27 december 2005 houdende diverse bepalingen (B.S. 30 december 2005).

(12) Enkele overige wetgevingsstukken worden wegens hun geringere dagdagelijkse impact op de markt in dit overzicht niet vermeld, zoals de Wet tot oprichting van [BELGACOM] van 19 juli 1930 (B.S. 2 augustus 1930, meermaals gewijzigd, opschrift gewijzigd door artikel 55 Wet Overheidsbedrijven), de Wet betreffende [de privatisering van] Belgacom van 10 augustus 2001 (B.S. 25 augustus 2001, gewijzigd door Programmawet van 2 augustus 2002, B.S. 29 augustus 2002), de Wet tot samenordering der verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad van 13 oktober 1930, B.S. 21 oktober 1930 (meermaals gewijzigd, maar waarvan nog steeds enkele artikelen van toepassing blijven), het koninklijk besluit houdende oprichting van de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie (25 februari 2002, B.S. 5 maart 2002, erratum 14 maart 2003), en het koninklijk besluit houdende oprichting van de Programmatorische Overheidsdienst Telecommunicatie (25 februari 2002, B.S. 5 maart 2002, erratum 8 maart 2002).

3. de *Wet betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (Wet rechtsmiddelen en geschillenbehandeling)*, waarin de bepalingen inzake het beroep tegen de beslissingen van het B.I.P.T. (bij het hof van beroep te Brussel) en de geschillenbehandeling tussen operatoren (door de Raad voor de Mededinging) zijn opgenomen;
4. de nieuwe *Wet betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie*, in verband met het beroep tegen de beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie (eveneens bij het hof van beroep te Brussel).

### III. Wet elektronische communicatie

#### A. Krachtlijnen en toepassingsgebied

Zoals de Europese richtlijnen, heeft ook de nieuwe Wet betreffende de elektronische communicatie tot doel om een aantal technologische, economische en maatschappelijke evoluties van de afgelopen jaren in rekening te brengen. De volgende krachtlijnen staan daarbij centraal:

- het vereenvoudigen van de toegang tot de markt: door het opheffen van bestaande belemmeringen voor het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken en –diensten en het introduceren van het principe van een *algemene machtiging* wil de wetgever de toetreding tot de markt vereenvoudigen met het oog op bijkomende concurrentie;
- het in rekening brengen van de toegenomen mededinging, het aanmoedigen van een effectieve mededinging en het inbouwen van bijzondere waarborgen tegen concurrentievervalsingen of -beperkingen door machtige operatoren, waarbij een evenwicht moet worden gevonden tussen rechtszekerheid (duidelijke *ex ante* bepalingen) en flexibiliteit (aanpassing aan wijzigende marktomstandigheden);
- een betere bescherming van de gebruikers: de bevordering van de belangen van de burgers, onder meer dankzij het waarborgen van universeledienstverlening en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Wat zijn toepassingsgebied en structuur betreffen, sluit de nieuwe wet nauw aan bij de Europese richtlijnen die hij omzet. Omwille van de tot «telecommunicatie» beperkte bevoegdheid van de federale wetgever, worden de Europese definities echter niet onverkort overgenomen, maar met uitsluiting van «radio-omroep en televisie». In nagenoeg elke

titel van de wet komen vervolgens bepalingen aan bod die in grote lijnen overeenstemmen met de inhoud van één van de Europese richtlijnen.

Samen met titel V («Procedurale bepalingen en strafbepalingen», *infra*) bevat titel I («Definities en algemene principes») de voornaamste algemene bepalingen, die hoofdzakelijk uit de Kaderrichtlijn zijn overgenomen. Daarin wordt onder meer het principe vooropgesteld dat «*alle activiteiten in verband met elektronische communicatie vrij zijn, onverminderd de bepalingen van deze wet*» (art. 3). Van dat principe kan door de Koning enkel worden afgeweken in zeer specifieke gevallen (bijvoorbeeld wanneer de openbare veiligheid, de volksgezondheid, de openbare orde of de verdediging van het Rijk dit vereisen, art. 4). In de artt. 5 tot en met 8 worden daarna de belangrijkste beleidsdoelstellingen van de regulator (het B.I.P.T.) opgesomd. Het betreft onder meer het bevorderen van de concurrentie, het bijdragen tot de ontwikkeling van de interne markt en het waken over de belangen van de eindgebruikers.

Titel II van de wet («*Het tot stand brengen van elektronische communicatie*») bevat de bepalingen waaraan een onderneming dient te voldoen alvorens haar commerciële activiteiten aan te vatten: de algemene machtigingen, de voorwaarden voor het gebruik van nummers en frequenties en de administratieve bijdragen en heffingen voor gebruiksrechten zijn de voornaamste elementen hiervan. De in deze titel opgenomen elementen stemmen grotendeels overeen met de inhoud van de Machtigingsrichtlijn.

In titel III van de wet zijn de bepalingen terug te vinden die operatoren in hun gedragingen ten opzichte van elkaar dienen na te leven *met het oog op het waarborgen van de eerlijke mededinging*. Zodoende beantwoordt dit onderdeel in grote lijnen aan de bepalingen van de Toegangsrichtlijn, aangevuld met een aantal bepalingen uit de Kaderrichtlijn en de Universeledienstrichtlijn.

«*De bescherming van de belangen van de maatschappij en van de gebruikers*» is het opschrift van titel IV, die de omzetting vormt van de belangrijkste bepalingen van de Universeledienstrichtlijn, alsook van de e-Privacyrichtlijn.

Daarnaast bevat de wet (hoofdzakelijk in het hoofdstuk over het betreden van de markt) nog een aantal overgenomen zaken uit de vroegere wetgeving, bijvoorbeeld inzake de reglementering van apparatuur en radio-apparatuur, telefoongidsen, inlichtingendiensten en telefoonshops, het gebruik en aanbieden van versleutelingsdiensten en van mogelijke andere activiteiten inzake elektronische communicatie. Ten slotte valt op te merken dat de bepalingen inzake het gebruik van het openbaar en privaat domein behouden blijven in de artt. 97 tot en met 104 van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

## B. Begrippenkader

### 1. Elektronische-communicatienetwerk

Voor de toepassing van de wet is het begrip «elektronische-communicatienetwerk» cruciaal. Het wordt in punt 3° van art. 2 van de wet gedefinieerd als «*de actieve of passieve transmissiesystemen en, in voorkomend geval, de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen, voorzover zij worden gebruikt voor de transmissie van andere signalen dan radio-omroep- en televisiesignalen*». Het elektronische-communicatienetwerk is het geheel van infrastructuurelementen (bijvoorbeeld kabels, *transmitters*, ...) dat kan worden gebruikt om elektronische-communicatiesignalen (bijvoorbeeld spraak, data, enz.) te transporteren. De verschillende elementen waaruit een netwerk is opgebouwd vormen elk afzonderlijk geen netwerk. Dit houdt onder meer in dat niet elke onderneming die bepaalde netwerkelementen beheert met het oog op het voornamelijk aanbieden van diensten aan derden, *ipso facto* als een aanbieder van een elektronische-communicatienetwerk zal worden beschouwd. Het verstrekken van elektronische communicatiediensten (aan derden) impliceert immers noodzakelijkerwijze de beschikking over en het beheer van een aantal netwerkelementen.

De Belgische definitie bevat twee expliciete afwijkingen ten opzichte van de Europese richtlijnen. Vooreerst is de verwijzing naar «actieve of passieve» transmissiesystemen een specifieke Belgische toevoeging. Over de interpretatie hiervan bestaan twee opvattingen: de eerste stelt dat het begrip «actief» verwijst naar de infrastructuurelementen die instaan voor het transport van signalen (bijvoorbeeld *transmitters* of *routers*), terwijl «passief» zou verwijzen naar infrastructuur die niet betrokken is bij het eigenlijke transport van signalen maar deze omwille van zijn eigenschappen enkel doorgeeft (bijvoorbeeld kabels die elektrische stromen doorgeven). Een andere mogelijke interpretatie is dat de wetgever de bedoeling had om eveneens infrastructuur onder het toepassingsgebied van deze wet te laten vallen wanneer zij momenteel niet in gebruik is (b.v. *dark fiber*, of zelfs lege wachtbuizen), om ondernemingen die dergelijke systemen willen aanleggen of uitbaten te kunnen laten genieten van onder meer kosteloze doorgangsrechten op het openbare domein. Verder is de beperking dat het moet gaan over «andere dan radio-omroep en televisiesignalen» een noodzakelijke verduidelijking in het licht van de specifieke Belgische bevoegdheidsverdeling.

### 2. Elektronische-communicatiedienst

Een «elektronische-communicatiedienst» wordt in punt 5° van art. 2 gedefinieerd als «*een gewoonlijk*

*tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen, waaronder schakel- en routeringsverrichtingen, van signalen via elektronische-communicatienetwerken, met uitzondering van (a) de diensten waarbij met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of inhoudelijk wordt gecontroleerd, met uitzondering van (b) de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in art. 2 van de Wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken en met uitzondering van (c) radio-omroep en televisie*».

Het onderscheid tussen de begrippen «netwerk» en «dienst» heeft ook reeds onder het oude kader heel wat problemen opgeleverd. Door een aantal evoluties (b.v.: het steeds verder uitsplitsen van de verschillende rollen in de waardeketen voor de elektronische communicatie) is het vaak niet eenvoudig aan te duiden welke onderneming als «netwerkoperator» en welke als «dienstenleverancier» dient te worden aangemerkt. In beginsel kan het leveren van een elektronische-communicatiedienst worden onderscheiden van het leveren van een elektronische-communicatienetwerk aan de hand van een analyse van de activiteit die de aanbieder hoofdzakelijk tot doel heeft: een aanbieder van «infrastructuurgebonden elementen» is een leverancier van een elektronische-communicatienetwerk, terwijl een onderneming die zelf niet hoofdzakelijk het beheren van infrastructuur tot doel heeft (b.v. omdat zij gebruik maakt van het netwerk van een andere onderneming), maar wel «transmissiediensten» levert als aanbieder van een elektronische-communicatiedienst moet worden beschouwd. Uiteraard kunnen beide kwalificaties eveneens worden verenigd in hoofde van éénzelfde onderneming. Samenvattend: het elektronische-communicatienetwerk is de noodzakelijke infrastructuur om het transport van signalen mogelijk te maken, terwijl de transmissie zelf van signalen een elektronische-communicatiedienst is.

Op dit punt is de bestaande praktijk van het B.I.P.T. bijzonder relevant, aangezien het Instituut ervan uitgaat dat voor elk netwerk en/of elke dienst maximaal één aangifte dient te worden gedaan. Wanneer de netwerkoperator al een aangifte heeft gedaan voor zijn infrastructuur, moet een dienstenleverancier die gebruik maakt van datzelfde netwerk daarvoor geen nieuwe aangifte indienen en kan hij zich beperken tot het aangeven van de door hem aangeboden dienst.

De contouren van het concept «elektronische-communicatiedienst» worden gevormd door een aantal aspecten waarvoor de definitie stelt dat zij geen deel uitmaken van dat begrip. Het betreft met name: 1° inhoudelijke aspecten: inhoud die weliswaar aan de gebruiker wordt geleverd via een elektronische-



communicatienetwerk of -dienst, maar waarbij de inhoudelijke aspecten doorwegen (bijvoorbeeld het beschikbaar stellen van televisiekanalen of programma's aan de gebruikers); 2° inhoudelijke diensten op individuele aanvraag: de diensten van de informatiemaatschappij<sup>(13)</sup> voorzover zij niet hoofdzakelijk de overbrenging van signalen tot doel hebben (bijvoorbeeld: het *on-line* leveren van beursinformatie); 3° de radio- en televisiediensten, die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoren.

### 3. Operator

Het begrip «operator» wordt in punt 11° omschreven als «een persoon die een kennisgeving heeft ingediend overeenkomstig art. 9» van dezelfde wet. Art. 9 vermeldt vervolgens dat «het aanbieden of doorverkopen in eigen naam en voor eigen rekening van elektronische-communicatiediensten of -netwerken kan [...] pas worden aangevat na een kennisgeving aan het Instituut [...]». De Belgische wet beschouwt bijgevolg – tegen de door de Europese richtlijnen gevolgde aanpak in – ook leveranciers van een elektronische-communicatiedienst als een operator.

Hierbij dient bovendien de volgende kanttekening te worden gemaakt. Deze bepaling werd in de loop van de parlementaire werkzaamheden<sup>(14)</sup> gewijzigd om eveneens «doorverkopers» van elektronische-communicatiediensten (b.v. Delhaize als doorverkoper van belminuten van Base) onder het begrip «operator» te laten vatten. De bedoeling van dit amendement was om de klanten van deze ondernemingen dezelfde bescherming (b.v. in verband met de kwaliteit van de dienst, de facturatie, enz.) te bieden als de (rechtstreekse) klanten van leveranciers van netwerken of diensten.

Samenvattend kan men dus stellen dat de nieuwe wet onder het begrip «operator» nagenoeg elke economische activiteit inzake het aanbieden van elektronische communicatie lijkt te willen vatten. Minstens de volgende drie categorieën van aanbieders worden door de wet als «operator» beschouwd:

- de aanbieder van een elektronische-communicatienetwerk;
- de aanbieder van een elektronische-communicatiedienst;
- de doorverkopers van elektronische-communicatienetwerken of -diensten.

Het hoeft weinig betoog dat het door deze aanpak erg moeilijk is geworden te bepalen welke ver-

plichtingen precies van toepassing zijn op welke categorieën van aanbieders.

### 4. Gebruikers

Ook op het vlak van de bescherming van de gebruikers hanteert de nieuwe wet een aantal overlappende begrippen. Het meest restrictieve daarvan is dat van «consument» (art. 2, 14°), aangezien het om een natuurlijke persoon gaat die diensten afneemt buiten de professionele sfeer. Het begrip «gebruiker» wordt door art. 2, 12° omschreven als een natuurlijke of rechtspersoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische-communicatiedienst. Aangezien zowel rechtspersonen als natuurlijke personen onder dit begrip worden gevat, is het duidelijk dat het om een erg ruime omschrijving gaat en dat ook aanbieders van openbare en niet-openbare elektronische-communicatienetwerken en -diensten eveneens onder dit begrip ressorteren. Dit blijkt verder *a contrario* uit de (restrictievere) definitie van het begrip «eindgebruiker» als een gebruiker die geen openbaar elektronische-communicatienetwerk of openbare elektronische-communicatiediensten aanbiedt. Terwijl de begrippen «gebruiker» en «eindgebruiker» eerder betrekking hebben op een feitelijke toestand, lijkt het begrip «abonnee» tenslotte veeleer te verwijzen naar de juridische relatie tussen partijen, aangezien het gaat om de contractuele tegenpartij van de operator (art. 2, 15°).

## C. Voorwaarden

### voor het betreden van de markt

#### 1. Uitgangspunt:

#### voorafgaande kennisgeving voor netwerken en diensten

Het centrale uitgangspunt van de nieuwe wet is de vrijheid om – mits eventuele beperkingen omwille van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid – elektronische-communicatienetwerken en -diensten aan te bieden. Een «algemene machtiging» komt in de plaats van het bestaande vergunningsregime uit de wet van 1991: elke kandidaat-operator die een kennisgeving indient, is gerechtigd de aangegeven elektronische-communicatiediensten of -netwerken aan te bieden. Zoals vermeld, vertrekt de wet van het idee dat een zo

(13) In ons land gereguleerd door Wet 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij als bedoeld in art. 77 G.W. en Wet 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatie-

maatschappij (ook «Wet Elektronische Handel» of «e-Commerciawet» genoemd), beide B.S. 17 maart 2003.

(14) Wetsontwerp betreffende de elektronische communicatie, *Parl. St.* Kamer 2004-2005, nr. 1425/015, 6 (amendement nr. 191).

licht mogelijk systeem moet worden gehanteerd om de ontwikkeling van en de investeringen in nieuwe elektronische-communicatienetwerken en -diensten te stimuleren. De al te verregaande voorwaarden die door de oude wetten werden opgelegd voor het verkrijgen van toegang tot de markt, behoren voortaan dus tot het verleden. Door een aanzienlijke vereenvoudiging van de toepasselijke voorwaarden, stelt de wet zich ook tot doel de kosten voor administratief toezicht door het B.I.P.T. te verlagen en zo de concurrentie bijkomend te stimuleren. Bovendien moeten de voorwaarden die toch nog worden opgelegd objectief gerechtvaardigd zijn in relatie tot het betrokken netwerk of de betrokken dienst, alsook niet-discriminerend, proportioneel en transparant zijn. Om controle hierop mogelijk te maken verplicht art. 31 van de nieuwe wet het B.I.P.T. om op zijn website een overzicht te geven van alle relevante informatie over rechten, voorwaarden, procedures, bijdragen en beslissingen over het toetreden tot de markt.

Concreet zal van een kandidaat-operator enkel verwacht worden dat hij een voorafgaandelijke kennisgeving indient, d.i. een eenvoudige verklaring waarmee zij het B.I.P.T. op de hoogte brengt van haar voornemen om communicatienetwerken of -diensten op de markt aan te bieden (art. 9). In deze kennisgeving moet de kandidaat-operator slechts een minimaal aantal gegevens meedelen die het B.I.P.T. nodig heeft voor het opstellen van een register of lijst van aanbieders, zoals de naam, het adres en het ondernemingsnummer van de aanbieder, de contactpersoon met het B.I.P.T., een bondige en precieze beschrijving van de dienst of het netwerk en de datum waarop de activiteiten vermoedelijk van start zullen gaan.

De onderneming hoeft geen ontvangstbevestiging vanwege het B.I.P.T. af te wachten om met haar activiteiten te starten: na het indienen van de kennisgeving heeft zij in principe het recht om netwerken of diensten te leveren, om doorgangsrechten te vragen, te onderhandelen over interconnectie en/of toegang, of aangeduid te worden om elementen van de universele dienst te verstrekken (art. 10).

Voor de aangifte van een elektronische-communicatiedienst of -netwerk moet de kandidaat-operator wel een administratieve bijdrage ter financiering van de werkzaamheden van het B.I.P.T. betalen. Dergelijke bijdragen mogen het bedrag van de feitelijke administratieve kosten niet overstijgen (art. 29). De Europese Machtigingsrichtlijn voorziet in haar art. 12 in een aantal controlemechanismen ter zake

die evenwel niet werden overgenomen in de Belgische wet. De precieze bedragen voor deze heffingen worden niet door de nieuwe wet vastgesteld, maar omwille van de lagere administratieve werklast, lijkt het redelijk te verwachten dat zij ten opzichte van de huidige situatie eerder een daling zullen inhouden<sup>(15)</sup>.

## 2. Uitzondering: individuele gebruiksrechten voor nummers en frequenties

Het verkrijgen van een door het B.I.P.T. toe te kennen individuele vergunning («individueel gebruiksrecht» genaamd) kan wel nog als voorwaarde worden opgelegd wanneer dit noodzakelijk is voor een efficiënte toewijzing van nummers of radiofrequenties (tenzij het gevaar van schadelijke interferentie te verwaarlozen is; zie de artt. 11 tot 24). Het aantal toe te kennen gebruiksrechten mag niet *a priori* worden beperkt. De enige uitzondering hierop is de noodzaak om een etherchaos te vermijden: wanneer dit noodzakelijk is voor het efficiënte gebruik van het radiospectrum kan het B.I.P.T. het aantal gebruiksrechten beperken overeenkomstig een speciaal daartoe voorziene procedure. De gebruiksrechten voor nummers moeten in principe binnen de drie weken worden verleend; de termijn voor het verkrijgen van radiofrequenties mag maximaal zes weken bedragen (zie resp. art. 11 § 4 en art. 21 § 2).

Voor deze gebruiksrechten wordt een afzonderlijke heffing ingesteld, om een optimaal gebruik van deze schaarse goederen te waarborgen. Dergelijke vergoedingen dienen in verhouding te staan tot het beoogde doel en moeten rekening houden met de algemene beleidsdoelstellingen (bijkomende concurrentie, meer geharmoniseerde interne markt en betere consumentenbescherming) van het nieuwe juridische kader (artt. 30 en 31).

## 3. Overige bepalingen in verband met het betreden van de markt

Oorspronkelijk bevatte het derde hoofdstuk van titel II de bepalingen over het recht van operatoren *van een openbaar elektronische-communicatienetwerk* om bij de aanleg en instandhouding van kabels en lijnen gebruik te maken van privé-eigendom en van het openbaar domein. Die regeling werd nagenoeg ongewijzigd overgenomen uit de Wet van 1991, met dien verstande dat zij van toepassing zou zijn geweest voor alle operatoren van elektronische-communicatienet-

(15) Interessant hierbij is op te merken dat de Raad van State dergelijke bijdrage niet als een retributie, maar wel als een belasting beschouwt: advies bij Wetsontwerp met

betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatie-sector, *Parl. St. Kamer* 2001-2002, nr. 1937/1, 67-68.



werken. Tijdens de parlementaire werkzaamheden<sup>(16)</sup> werden deze bepalingen – uit vrees voor een mogelijke bevoegdheidsoverschrijding – echter geschrapt, zodat op dit punt de bepalingen uit de wet van 1991 (ongewijzigd) van kracht blijven: een operator van een openbaar telecommunicatienetwerk<sup>(17)</sup> kan gratis het openbaar domein gebruiken om kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen aan te leggen, mits goedkeuring van het plan van aanleg. Voor private eigendommen moet hij wel overeenstemming hebben met de eigenaar (artt. 97-104 Wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven).

Artt. 25 tot en met 27 leggen aan de operatoren van openbare elektronische-communicatienetwerken de verplichting op om zoveel mogelijk gedeeld gebruik te realiseren van antennesteunen. De vergoeding die de gebruik makende operator aan de eigenaar moet betalen, dient op de reële kosten te worden gebaseerd. Verder worden alle operatoren verplicht om mee te werken aan de databank van antennesites (art. 27) en bevat art. 28 de mogelijkheid voor de Koning om het gedeeld gebruik van andere sites te reglementeren.

De bepalingen inzake apparatuur (met name: de artt. 32-38, die de omzetting zijn van Richtlijn 1999/5) zijn *mutatis mutandis* overgenomen uit de Wet van 1991. De overeenstemming van het apparaat met een aantal door de wet vastgestelde basisvereisten wordt door de fabrikant zelf gecontroleerd. Slechts indien apparatuur niet voorzien is van het CE-merkteken van conformiteit, moet zij goedgekeurd worden door de minister, op voorstel van het B.I.P.T. Enkel goedgekeurde en van het CE-merkteken voorziene apparatuur mag worden aangesloten op een openbaar netwerk, in dienst gesteld en onderhouden. Ook alle apparatuur die op een openbaar elektronische-communicatienetwerk kan worden aangesloten, zonder daartoe te zijn bestemd, moet bij de minister worden aangegeven door de fabrikant of leverancier als België het land is waar de apparatuur voor het eerst binnen de Europese Unie in de handel wordt gebracht. Voor radioapparatuur geldt een stringenter regime. De artt. 39-44 stellen immers het principe voorop dat het verboden is een zend- of ontvangtoestel voor radiocommunicatie te gebruiken zonder een voorafgaande vergunning van het B.I.P.T.

Een onderneming die telefoongidsen, inlichtingendiensten of telefoonshops aan het publiek wil

aanbieden, dient hiervan eveneens een aangifte te doen aan het B.I.P.T. (artt. 45-47). Art. 48 voorziet dat het gebruik van cryptografie (bijvoorbeeld voor toepassingen zoals Internetbankieren, of het versturen van versleutelde elektronische facturen) vrij is, maar dat van het aanbieden van versleutelingsdiensten aan het publiek een aangifte dient te worden gedaan aan het B.I.P.T. Tenslotte bevat artikel 49 de mogelijkheid voor de Koning om reglementering uit te vaardigen voor eventuele andere nieuwe activiteiten inzake elektronische communicatie.

## D. Bepalingen inzake de eerlijke mededinging tussen operatoren

### 1. Uitgangspunt: commerciële onderhandelingen

Een van de belangrijkste doelstellingen van de nieuwe wet is de aanpassing van de bestaande regeling aan de snel evoluerende markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, waarop zich reeds in meerdere of mindere mate vrije mededinging heeft ontwikkeld. De vroegere wetgeving – die grotendeels bestaat van vóór de volledige liberalisering van januari 1998 – was immers principieel bestemd als eerste stap in de overgang van monopolistische naar concurrentiële markten. De nieuwe wet daarentegen vertrekt van het uitgangspunt dat alle bijzondere en exclusieve rechten zijn opgeheven en dat – mits enkele uitzonderingen<sup>(18)</sup> – alleen nog verplichtingen mogen worden opgelegd aan bepaalde sterke operatoren *nadat* voor een specifieke markt tekortkomingen aan de werking van de vrije concurrentie zijn vastgesteld (artt. 50-56).

Zoals de Wet van 1991, neemt ook de nieuwe wet de commerciële onderhandeling te goeder trouw als uitgangspunt voor de totstandbrenging van toegang- en/of interconnectieovereenkomsten (artt. 50-53) tussen operatoren. Exploitanten van openbare communicatienetwerken krijgen evenwel nog steeds het recht en de plicht toegekend om met elkaar te onderhandelen over interconnectie «*met het doel elektronische-communicatiediensten aan te bieden die voor het publiek beschikbaar zijn*» (art. 52).

(16) Wetsontwerp betreffende de elektronische communicatie, *Parl. St.* Kamer 2004-2005, nr. 1425/008, 4-6 (amendementen nr. 107 tot en met 115).

(17) Merk op dat art. 155 van de nieuwe wet wel alle definities uit de Wet van 21 maart 1991 heeft opgehe-

ven, zodat de toepassing van deze bepaling nogal precair geworden is.

(18) Opgesomd in art. 56 van de wet.

## 2. Operatoren met sterke marktpositie

Het begrip «aanmerkelijke marktmacht» (AMM) of «sterke machtspositie» (SMP)<sup>(19)</sup> speelt een sleutelrol bij het opleggen van *ex ante*-verplichtingen. Om een eerlijk verloop van de vrije mededinging mogelijk te maken, wordt het nog steeds noodzakelijk geacht om aan operatoren met een sterke positie op de markt bijzondere verplichtingen op te leggen («asymmetrisch regime»). Een aantal markten in de elektronische communicatiesector is immers nog onvoldoende concurrentieel om sector-specifiek markttoezicht nu al achterwege te laten. Nieuwkomers zijn voor hun dienstverlening vaak nog afhankelijk van bestaande operatoren (meestal, doch niet altijd meer, de vroegere monopolisten), die dergelijke machtspositie zouden kunnen aanwenden om hun concurrenten uit de markt te stoten. Het SMP-regime beoogt precies mogelijke misbruiken van dergelijke machtsposities te *vermijden*<sup>(20)</sup> en op die manier een effectieve concurrentie te realiseren op de markten. Het uiteindelijke streefdoel is een situatie van daadwerkelijke mededinging in alle segmenten van de communicatiesector, zodat sectorspecifieke bepalingen zoveel mogelijk kunnen worden opgeheven en het algemene mededingingsrechtelijke toezicht (van de Raad voor de mededinging) volstaat.

Dit mechanisme is dus ongewijzigd gebleven ten opzichte van de vroegere wetgeving. Wel was op de markten gebleken dat het SMP-begrip onvoldoende dynamisch was om ook in de toekomst een slagvaar-

dige regulering van de door snelle en onvoorzienbare evoluties gekenmerkte communicatiemarkten mogelijk te maken. Bovendien drong zich een aanpassing op om de toenemende mededinging in rekening te kunnen brengen.

Het resultaat is een geherdefinieerd SMP-begrip dat nauwer aansluit bij de term «machtspositie» (of dominante positie) uit het algemene mededingingsrecht, en dat bovendien een grotere flexibiliteit mogelijk maakt in elk van de drie fasen in de toepassing ervan, zijnde marktdefinitie, marktanalyse en het opleggen van verplichtingen<sup>(21)</sup>.

## 3. Marktdefinitie

Zo zal het B.I.P.T. in de toekomst op regelmatige tijdstippen de markten moeten definiëren waarin eventueel bijzondere verplichtingen kunnen worden opgelegd (art. 54). De afbakening dient in beginsel te gebeuren volgens mededingingsrechtelijke methodes<sup>(22)</sup> en op basis van de Aanbeveling Relevante Markten van de Europese Commissie<sup>(23)</sup>. Deze Aanbeveling bevat de lijst van relevante productmarkten «waarvan de kenmerken zodanig zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen gerechtvaardigd kan zijn»<sup>(24)</sup>, door de Commissie geïnterpreteerd als: markten waarop geen effectieve concurrentie aanwezig is, waar dergelijke concurrentie ook niet verwacht wordt zich spontaan te zullen ontwikkelen en waar het algemene mededingingsrecht tekort schiet om het probleem te ver-

(19) In de Europese richtlijnen is de Engelse term *significant market power* (SMP) vertaald als «aanmerkelijke marktmacht». De nieuwe federale wetgeving hanteert het begrip «sterke machtspositie» (eveneens af te korten tot SMP). De inhoudelijke betekenis van beide begrippen is identiek. Over het SMP-begrip onder het oude en nieuwe regelgevende kader, zie uitvoerig: Peggy VALCKE, *Digitale Diversiteit – Convergentie van media-, telecommunicatie- en mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, 2004, 375-407 en 453-505; Alexandre DE STREEL, «The New Concept Of "Significant Market Power"», *E.C.L.R.* 2003, 535-542.

(20) Hierin ligt precies het verschil met het algemene mededingingsrecht: waar het mededingingsrecht machtsmisbruiken achteraf (*a posteriori*) gaat bestraffen, ligt de opzet van het SMP-regime in het vooraf (*a priori*) ingrijpen om ervoor te zorgen dat misbruiken zich niet kunnen voordoen.

(21) In de hierna volgende paragrafen worden de verschillende stappen in het SMP-regime slechts beknopt besproken. Voor meer details, zie: Alexandre DE STREEL, «Market Definitions in the new European regulatory framework for electronic communications», *Info* 2003, vol. 5, afl. 3, 27-47; Alexandre DE STREEL, «The Integration of Competition Law Principles in the New

European Regulatory Framework for Electronic Communications», *World Competition* 2003, vol. 26, afl. 3, 489-513. Specifiek voor de mobiele sector, zie: Peggy Valcke, Robert Queck en Eva Lievens, *EU Communications Law: Significant Market Power in the Mobile Sector*, Cheltenham (UK) & Northampton (USA), Edward Elgar, 2005, 187 p.

(22) Cfr art. 15 Kaderrichtlijn en Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, PB. C. 11 juli 2002, afl. 165, 6 (hierna: Richtsnoeren Marktanalyse).

(23) Aanbev. Eur. Comm. betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen, PB. L. 8 mei 2003, afl. 114, 45; in deze tekst verkort: Aanbeveling Relevante Markten.

(24) Zie art. 15 en overweging 27 Kaderrichtlijn.

helpen<sup>(25)</sup>. Met andere woorden, de eerste stap van «marktdefinitie» valt eigenlijk uiteen in een fase van «marktselectie» en een fase van «marktafbakening».

Voor de markten die opgenomen zijn in de Aanbeveling Relevante Markten bakent het B.I.P.T. enkel de geografische dimensie af, rekening houdend met de nationale omstandigheden. Evenwel kan het B.I.P.T. ook markten definiëren die buiten de lijst van de Commissie vallen of daarvan afwijken. In dat geval moeten wel een aantal specifieke procedures worden gevolgd, die erop neerkomen dat enerzijds de sector en andere regulatoren moeten worden geconsulteerd en dat anderzijds de Europese Commissie haar fiat moet geven met de afwijkende marktdefinitie<sup>(26)</sup>.

De door de Europese Commissie geïdentificeerde 18 productmarkten zijn:

a) Op *retail*-niveau:

Nr. Omschrijving

- 1 Toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie voor particuliere gebruikers.
- 2 Toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers.
- 4 Openbaar beschikbare lokale en/of nationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere gebruikers.
- 3 Openbaar beschikbare internationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere gebruikers.
- 5 Openbaar beschikbare lokale en/of nationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers.
- 6 Openbaar beschikbare internationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers.
- 7 De minimumverzameling van huurlijnen (dit omvat de gespecificeerde types van huurlijnen tot en met 2 Mb/sec).

b) Op *wholesale*-niveau:

Nr. Omschrijving

- 8 Gespreksopbouw op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie.
- 9 Gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie.
- 10 Gespreksdoorgiftediensten in het vaste openbare telefoonnetwerk.
- 11 Ontbundelde toegang op *wholesale*-niveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten

en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten.

- 12 *Wholesale*-breedbandtoegang (deze markt omvat *bitstream*-toegang waarmee de transmissie van breedbandgegevens in beide richtingen mogelijk wordt gemaakt en andere vormen van *wholesale*-toegang die over andere infrastructuur wordt geleverd, voorzover zij faciliteiten bieden die equivalent zijn met *bitstream*-toegang. Hieronder valt «netwerktoegang en bijzondere netwerktoegang»).
- 13 Afgevend segmenten van huurlijnen op *wholesale*-niveau.
- 14 Bundelsegmenten van huurlijnen op *wholesale*-niveau.
- 15 Toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken.
- 16 Gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken (waardoor mogelijk elke operator als SMP zou worden beschouwd voor terminatie van oproepen op zijn netwerk)
- 17 De nationale *wholesale*-markt voor internationale *roaming* via openbare mobiele netwerken
- 18 Omroeptransmissiediensten, voor het leveren van omroepinhoud aan eindgebruikers.

Ten opzichte van het «oude» systeem, waarbij de markten op statische wijze rechtstreeks werden geïdentificeerd in de wet zelf, betekent deze nieuwe wijze van marktdefiniëring uiteraard een aanzienlijke versoepeling. Het B.I.P.T. kan voortaan sneller inspringen op wijzigende marktomstandigheden en overgaan tot een nieuwe marktafbakening wanneer de mededingingsrechtelijke problemen zouden verschuiven. Deze grotere flexibiliteit dient wel te worden genuanceerd in die zin dat de Europese Commissie een sterke vinger in de pap houdt. Om te vermijden dat de toegenomen bewegingsvrijheid van de nationale regulatoren tot een al te grote fragmentering van nationale markten in de Europese Unie zou leiden, vertrekt de marktdefiniëring steeds van de Aanbeveling Relevante Markten en behoudt – zoals gezegd – de Europese Commissie het laatste woord.

#### 4. Marktanalyse

De tweede fase van het SMP-gebeuren, de marktanalyse, houdt essentieel in dat het B.I.P.T. nagaat welke operator(en) op een geïdentificeerde markt als SMP-operator kan (kunnen) worden aangeduid (art. 55). De oude wet voorzagt als criterium een

(25) Aanbeveling Relevante Markten, §§ 9 e.v. (voor meer details zie de bijbehorende «Toelichting»). Over deze zogenaamde «drie criteria-test», zie: Alexandre DE STREEL, «Remedies in the European Electronic Communications Sector», in Damien GERADIN (ed.), *Remedies in*

*Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2004, 67-124.

(26) *Cfr infra*.

marktaandeel van 25 % of hoger. Onder de nieuwe regeling wordt het B.I.P.T. geacht ook hier een grotere flexibiliteit te krijgen, nu het B.I.P.T. de positie van een onderneming op een markt zal moeten beoordelen op basis van mededingingsrechtelijke methodes en criteria<sup>(27)</sup>. Voortaan «{wordt} een operator geacht een sterke machtspositie op een relevante markt te hebben, wanneer hij, alleen of samen met anderen, een aan machtspositie gelijkwaardige positie bezit, dit wil zeggen een economische kracht bezit die hem in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten of consumenten te gedragen» (art. 55 § 3 al. 2)<sup>(28)</sup>. Bovendien wordt aan het B.I.P.T. ook de mogelijkheid gegeven om een gezamenlijke machtspositie in hoofde van twee of meer ondernemingen (*joint dominance*) vast te stellen. Ten slotte kan volgens de nieuwe wet een onderneming met SMP eveneens als machtig wordt beschouwd op *nauw verwante* markten («hefboomeffect» of *leverage*). In de communicatiesector wordt doorgaans het voorbeeld gegeven van een onderneming die een sterke positie heeft op de markt voor infrastructuur en deze kan laten doorwerken op de verwante dienstenmarkt (bijvoorbeeld voor spraakdiensten of internettoegang).

## 5. Opleggen van verplichtingen

Ook in de derde fase, het opleggen van specifieke verplichtingen aan de ondernemingen die op een bepaalde markt over SMP beschikken, is een grotere dynamiek ingebouwd. Als algemeen uitgangspunt bepaalt art. 55 § 3 al. 1 dat bijzondere verplichtingen slechts kunnen worden opgelegd wanneer een bepaalde markt niet concurrentieel is (in de praktijk: als er minstens één onderneming met SMP op de betrokken markt kan worden geïdentificeerd). Alle markten moeten regelmatig worden geanalyseerd om te bepalen of er bepaalde verplichtingen *opgelegd*, *gewijzigd* of *geschrapt* dienen te worden. In tegenstelling tot de oude wetgeving (van 1991) worden deze verplichtingen dus niet langer van rechtswege opgelegd. De artt. 57 tot 65 van de wet bevatten enkel een opsomming van mogelijke verplichtingen (zie kader), terwijl de verantwoordelijkheid om deze in concrete gevallen (op basis van een individuele beoordeling) op te leggen voortaan bij het B.I.P.T. ligt. Het B.I.P.T. moet bepaalde principes naleven bij de selectie van verplichtingen

(art. 5): zij moeten op de aard van het vastgestelde probleem gebaseerd zijn, gerechtvaardigd in het licht van de algemene doelstellingen opgesomd in de artt. 6 t.e.m. 8 (bevordering van concurrentie, bijdragen tot de interne markt en bescherming van de gebruikers) en proportioneel met de nagestreefde doelstellingen. Tevens moeten ze de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en technologische neutraliteit naleven<sup>(29)</sup>.

De voornaamste verplichtingen die aan SMP-operatoren kunnen worden opgelegd, zijn de volgende:

Juridische grondslag	Omschrijving
Art. 58	Verplichtingen inzake non-discriminatie
Art. 59	Verplichtingen inzake transparantie
Art. 60	Verplichtingen tot het voeren van gescheiden boekhoudingen <sup>(30)</sup>
Art. 61	Verplichtingen inzake toegang tot en gebruik van netwerkfaciliteiten
Art. 62	Verplichtingen inzake prijscontrole en kostenoriëntering
Art. 63	Verplichtingen inzake operatorkeuze en -voorkeuze
Art. 64	Verplichtingen inzake aan eindgebruikers aangeboden diensten
Art. 65	Verplichtingen inzake het aanbieden van huurlijnen

Terwijl artt. 57 tot en met 62 de verhouding tussen aanbieders van elektronische-communicatienetwerken en -diensten regelen (waaronder onder meer de verplichting om concurrenten toegang te geven tot zijn netwerken of diensten), bevatten de artt. 63 tot en met 65 mogelijke verplichtingen die kunnen worden opgelegd aan SMP-operatoren in hun relatie tot de (eind)gebruikers. Zij kunnen bijvoorbeeld inhouden dat aangewezen ondernemingen geen buitensporige prijzen mogen vragen, de toegang tot de markt niet mogen belemmeren, de mededinging niet mogen beperken door middel van afbraakprijzen (*price squeeze*), geen ongegronde voorkeur voor bepaalde eindgebruikers aan de dag mogen leggen en diensten niet op een onredelijke wijze mogen bundelen. Het B.I.P.T. krijgt dus aanzienlijke bevoegdheden inzake prijstoezicht toege-

(27) Bemerkt evenwel dat ook onder het oude SMP-begrip de nationale regulator kon afwijken van de regel van 25 %-marktaandeel op basis van andere criteria, zoals toegang tot financiële bronnen, het bezit van essentiële faciliteiten, verticale integratie, enz., enerzijds, en dat ook voor de beoordeling van een economische machtspositie in mededingingsrechtelijke termen het marktaandeel van een onderneming vaak doorslaggevend is (met de gewoonlijke vaststelling van dominantie tot

gevolg wanneer aandelen van 40 à 50 % of meer worden bereikt), anderzijds. De «grotere flexibiliteit» moet hier dus enigszins worden genuanceerd.

(28) Vergelijk met art. 14.2 Kaderrichtlijn.

(29) Cfr art. 5.3 en 8.4 Toegangsrichtlijn.

(30) Merk op dat de Koning daarbij kan voorschrijven welke boekhoudkundige modellen en methodes het B.I.P.T. moet hanteren (art. 60, § 1 al. 2).

wezen. Het opleggen van deze verplichtingen om te verhelpen aan de afwezigheid van daadwerkelijke mededinging op een eindgebruikersmarkt is echter onderworpen aan de voorwaarde dat de eerlijke concurrentie niet kan worden bereikt door het opleggen van de «groothandelsverplichtingen» of de in art. 63 voorziene maatregelen betreffende operatorkeuze of -voorkeuze (art. 64 § 1). Voor het opleggen van de verplichtingen inzake tarifiering dient het B.I.P.T. bovendien volgens specifieke procedures een advies in te winnen van de Raad voor de Mededinging (art. 55 §§ 4 en 5).

Een Belgisch eigenaardigheidje is de toekenning van de mogelijkheid aan de Koning (en niet aan het B.I.P.T.)<sup>(31)</sup> om «indien uitzonderlijke omstandigheden het rechtvaardigen» en na advies van het B.I.P.T. nog andere verplichtingen op te leggen dan degene vermeld in de wet. De Europese Commissie beschikt daarbij evenwel over een veto-recht.

Ten slotte bevatten de artt. 66 en 67 een aantal specifieke bepalingen voor operatoren met bijzondere voorrechten (zoals een wettelijk monopolie of een vrijstelling van bepaalde belastingen) in andere sectoren. Dergelijke operatoren worden verplicht de activiteiten in de elektronische-communicatiesector structureel te scheiden van hun andere activiteiten.

## E. Universele dienst en aanvullende diensten

Om eventuele tekortkomingen ten gevolge van de vrije marktwerking op te vangen, hebben de Europese richtlijnen voor de telecommunicatiesector destijds het concept van universeledienstverlening ingevoerd: het inbouwen van de garantie dat een minimum pakket van telecommunicatiediensten universeel en tegen betaalbare prijzen ter beschikking zal worden gesteld door minstens één operator. Dit concept blijft tot op vandaag behouden. Een belangrijk nieuw uitgangspunt van de nieuwe richtlijnen (en van de Belgische wet) is dat voor de levering ervan voortaan geen operatoren *a priori* mogen worden uitgesloten. De «markt» voor de universele dienst wordt als het ware opengesteld en operatoren hebben het recht om aangewezen (en vergoed!) te worden om onderdelen van de universele dienst te verzorgen. Voor de meeste elementen van de universele dienst zal het wellicht om een eerder hypothetische mogelijkheid gaan, vermits de verplichting

wordt opgelegd om het hele nationale grondgebied te bedienen (art. 69).

De inhoud van de universele dienst wordt vastgesteld door art. 68<sup>(32)</sup>. Het pakket dat aan de begunstigden moet worden verleend bestaat uit de volgende elementen:

- toegang tot het vaste PSTN-telefoonnetwerk (artt. 70-73);
- sociale tarieven voor bepaalde groepen van begunstigden (art. 74);
- de terbeschikkingstelling van een minimaal aantal openbare betaaltelefoons (artt. 75-78);
- toegang tot de universele inlichtingendienst (artt. 79-85)
- toegang tot de universele telefoongids (artt. 86-91).

Voor elk van deze elementen bevat de wet bepalingen over de aanwijzing van de ondernemingen die belast zijn met de verlening ervan. Er wordt voorzien in een openbare aanbestedingsprocedure waarbij elke operator zich kandidaat kan stellen om de dienst te verlenen. Enkel wanneer geen enkele kandidaat zich aanmeldt, kan de overheid een operator verplichten een bepaalde dienst aan alle gebruikers te leveren (*play or pay*, zie de artt. 71, 76, 80 en 87). De leverancier ontvangt een vergoeding: ofwel op basis van de tijdens de aanbestedingsprocedure overeengekomen prijs, ofwel op grond van de door het B.I.P.T. gecontroleerde netto-kosten<sup>(33)</sup> (zie artt. 73, 78, 85 en 91, met verwijzing naar de artt. 100-102). Deze vergoedingen worden gefinancierd door bijdragen van de operatoren van de openbare telefoniedienst in het universeledienstfonds (artt. 92-104).

Voor het sociale element van de universele dienst (sociale tarieven) geldt echter een afzonderlijke regeling. Art. 74 bepaalt immers dat elke operator van vaste of mobiele openbare telefonie aan de begunstigde categorieën van gebruikers bijzondere tariefvoorwaarden moet aanbieden. Daartoe wordt een afzonderlijk fonds opgericht, waarin de operatoren dienen bij te dragen wanneer hun aandeel van sociale abonnees lager is dan het gemiddelde in de sector<sup>(34)</sup>.

In de wet worden in een afzonderlijk hoofdstuk, buiten de universele dienst om, enkele aanvullende diensten aan de gebruikers gegarandeerd. Vermits deze diensten geen onderdeel vormen van de universele dienst, mag de kostprijs ervan niet aan de operatoren (b.v. door middel van het fonds voor de universele dienst) worden opgelegd, maar moet de overheid

(31) Hoewel art. 8.3 al. 2 Toegangsrichtlijn nochtans wel de bedoeling had dergelijke mogelijkheid te creëren voor de regulator.

(32) *Cfr* art. 3-15 Universeledienstrichtlijn.

(33) Merk op dat de door art. 13 van de Universeledienstrichtlijn voorziene vereiste dat de kost voor de betrokken operator een «onredelijke last» moet uitmaken in de Belgische wet niet is overgenomen.

(34) De conformiteit van deze maatregel met de Universeledienstrichtlijn kan eveneens betwist worden.



zelf instaan voor de financiering ervan. Momenteel is Belgacom als enige aanbieder verplicht om deze diensten aan te bieden.

## F. Bescherming van de eindgebruikers

De nieuwe wet bevat voor het overige een aantal algemene bepalingen met betrekking tot de belangen en de rechten van de gebruikers (titel IV, hoofdstuk III, «De bescherming van de eindgebruikers»). Zo worden operatoren verplicht om met hun gebruikers een contract af te sluiten waarin een minimum aantal punten zijn opgenomen en om bepaalde informatie (onder meer inzake tarieven en kwaliteit) op transparante wijze bekend te maken (artikelen 108 tot 111). Verder dient het B.I.P.T. te waken over de kwaliteit en veiligheid van de aangeboden diensten en netwerken (artt. 113 tot 115), alsook over het aanbieden door operatoren van betalingsfaciliteiten (art. 120) of extra faciliteiten (art. 121), zoals *calling line identification* (CLI) of *dual tone multi frequency* (DTMF).

Opmerkelijk is verder dat de Belgische wet voor de communicatiesector een beperkte uitzondering mogelijk maakt op het principiële verbod op gezamenlijke verkoop vervat in art. 54 W.H.P.C.<sup>(35)</sup> Wegens het bijzondere karakter van de sector en de technologische evolutie (hoofdzakelijk de convergentie), wil de wetgever de drempels opheffen die de gebruikers verhinderen een geïntegreerd aanbod van diensten te ontvangen. Zo voorziet art. 112 in de mogelijkheid om aan consumenten (*i.e.* gebruikers buiten de uitoefening van hun professionele activiteiten) telefoon-, internet-, TV-diensten en/of «intermediaire interactieve producten» (*decoders*) onder een aantal strikte cumulatieve voorwaarden gezamenlijk te verkopen:

- elk product en elke dienst dient afzonderlijk verkrijgbaar te zijn;
- de consument dient te worden ingelicht over de afzonderlijke prijs en het prijsvoordeel;
- het gezamenlijk aanbod dient de consument een prijsvoordeel op te leveren;
- de geldigheidsduur en eventuele andere modaliteiten dienen te worden vermeld;
- de maximumduur van het gezamenlijk aanbod is één jaar.

Bij het opstellen van dit artikel lijkt de wetgever hoofdzakelijk het aanbieden van geconvergeerde

diensten (de zogenaamde *triple play*: telefonie, internet, televisie) in het achterhoofd te hebben gehad. Toch lijkt het allerm minst uitgesloten dat ook een gezamenlijke aanbod van bijvoorbeeld vaste en mobiele telefoondiensten door dit artikel wordt mogelijk gemaakt. Het precieze toepassingsgebied van deze bepaling is echter moeilijk te bepalen omwille van een gebrek aan overeenstemming tussen de terminologie van dit artikel en de Wet Handelspraktijken.

## G. Bescherming van de persoonlijke levenssfeer

### 1. Uitgangspunt

De nieuwe wet brengt ook een aanpassing van de bepalingen over de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de elektronische communicatiesector met zich mee<sup>(36)</sup>. Zo wordt het toepassingsgebied van de *privacy*-bescherming uitgebreid in het licht van nieuwe en te voorzien ontwikkelingen op het gebied van elektronische-communicatiediensten en -technologieën. Zoals in de Europese richtlijn, worden de typische omroepactiviteiten – gelet op de niet-bevoegdheid van de federale overheid en het publieke karakter van de verspreide informatie – uitgesloten. Bovendien is het toepassingsgebied van de meeste bepalingen beperkt tot openbare elektronische communicatienetwerken.

Een belangrijke nieuwigheid bestaat erin dat de geboden bescherming zich niet langer tot natuurlijke personen beperkt. Door hoofdzakelijk gebruik te maken van het begrip «abonnee» – in art. 2, 15° gedefinieerd als «een natuurlijke of rechtspersoon die houder is van een nummer dat toegekend is door een operator voor de levering van elektronische-communicatiediensten en die gebruikmaakt van een elektronische-communicatiedienst ingevolge een met een operator gesloten contract» (*cfr supra*) – worden een aantal maatregelen uitgebreid naar rechtspersonen.

Art. 124 vormt het uitgangspunt van de bescherming: indien men daartoe geen toestemming heeft gekregen van alle andere betrokken personen, mag niemand met opzet kennis nemen van gegevens inzake elektronische communicatie, met opzet personen identificeren, met opzet kennismaken van het bestaan van informatie die via elektronische weg is verstuurd, of met of zonder opzet de gegevens wijzigen, schrappen, kenbaar maken, opslaan

(35) Of correcter: art. 112 bepaalt welke diensten en producten geacht worden een geheel te vormen in de zin van art. 55, 1° W.H.P.C., waarvoor het verbod op koppelverkoop niet geldt (Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, W.H.P.C.).

(36) Uiteraard blijven de algemene bepalingen van de Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van toepassing als *lex generalis* ten opzichte van deze bepalingen.

of er gebruik van maken. Een aantal uitzonderingen hierop is voorzien in art. 125. Kennisname is onder meer wel toegelaten wanneer dit nodig is voor de goede werking en integriteit van het netwerk, of voor het verhinderen van ongewenste elektronische communicatie indien de eindgebruiker daarmee heeft ingestemd.

## 2. Verkeersgegevens

De verwerking van verkeersgegevens met betrekking tot abonnees of eindgebruikers wordt bijkomend gereguleerd door art. 122. Deze gegevens mogen enkel worden verwerkt door een beperkt aantal bevoegde personen (art. 122 § 5) en zij dienen te worden verwijderd of geanonimiseerd zodra zij niet meer nodig zijn voor de transmissie van de communicatie (art. 122 § 1). Er wordt geen vaste termijn bepaald, maar op grond van de bepalingen van de algemene wet op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geldt het principe dat de gegevens niet langer mogen worden bewaard dan nodig is in het kader van de doelstelling waarvoor de gegevens werden verzameld.

Op het principe van de anonimisering zijn een aantal uitzonderingen voorzien. Zo moeten operatoren wel blijven samenwerken met de instanties die bevoegd zijn voor de opsporing van strafbare feiten, en met de ombudsdienst voor de telecommunicatie voor het tegengaan van kwaadwillige oproepen (art. 122 § 1 al. 2, 1° en 2°, zie ook art. 126). Daarnaast mogen een aantal specifieke gegevens door de operatoren worden verwerkt met het oog op de facturering van abonnees of interconnectiebetalingen (art. 122 § 2) en om fraude op te sporen (art. 122 § 4). Tenslotte bepaalt art. 122 § 3 de voorwaarden waaronder de operatoren de marketing mogen verzorgen voor eigen communicatiediensten, diensten met verkeersgegevens of met locatiegegevens: de abonnee of eindgebruiker moet vooraf voldoende worden geïnformeerd over de voorgenomen verwerking en ermee hebben ingestemd, en hij moet zijn instemming kosteloos kunnen intrekken.

## 3. Locatiegegevens

Een vergelijkbaar regime wordt door art. 123 geïnstalleerd voor de verwerking van locatiegegevens van abonnees of eindgebruikers. Dergelijke gegevens, die door art. 2, 7° worden gedefinieerd als

«gegevens dat wordt verwerkt in een elektronische-communicatienetwerk waarmee de geografische positie van de eindapparatuur van een eindgebruiker van een voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst wordt weergegeven» en die kunnen worden gebruikt voor het aanbieden van diensten met toegevoegde waarde (zoals bijvoorbeeld geïndividualiseerde verkeersinformatie en geleidingsdiensten voor bestuurders) mogen alleen worden verwerkt wanneer de abonnee daartoe vooraf toestemming heeft gegeven. Over de precieze omvang van de vereiste toestemming geeft de wet geen verdere concretere indicatie. Bovendien moet hij over een eenvoudige methode beschikken om de verwerking van locatiegegevens kosteloos tijdelijk uit te schakelen.

## 4. Medewerkingsplicht, identificatie, af luisteren en zakelijke communicatie

Art. 126 bevat de mogelijkheid voor de Koning om operatoren te verplichten om mee te werken aan de opsporing van misdrijven, aan de beteugeling van kwaadwillige oproepen naar de nooddiensten en aan de onderzoeken van de ombudsdienst voor de telecommunicatie. Voor spraaktelefonie bepaalt dit artikel dat de verkeers- en identificatiegegevens moeten worden bewaard gedurende een periode van 12 tot 36 maanden<sup>(37)</sup>.

Art. 127 bevat de regeling over de 1) identificatie van de oproeplijn en 2) de identificatie van de oproepers en het opsporen, lokaliseren of af luisteren van privé-communicatie. Dit artikel verbiedt ook in zeer algemene bewoordingen het gebruik van beveiligingstechnieken die de identificatie of het af luisteren zouden kunnen bemoeilijken.

Art. 128 ten slotte stelt dat de registratie van communicaties of verkeersgegevens is toegelaten voorzover deze nodig is om bewijs te kunnen leveren van een commerciële transactie of van een andere zakelijke communicatie en voorziet in een specifieke uitzondering voor *call-centers*.

## 5. Bescherming van informatie in netwerken of eindapparatuur

Het «gebruik van elektronische-communicatienetwerken voor de opslag van informatie of voor het verkrijgen van toegang tot informatie die is opgeslaan in de eindapparatuur van een abonnee of een eindgebruiker» wordt onder bepaalde voorwaarden toegelaten door art. 129. De

(37) Op 14 december 2005 keurde het Europees Parlement de fel omstreden richtlijn over deze materie goed: Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische-communicatiediensten en tot wijziging van Richt-

lijn 2002/58/EG. Meer info hierover: <http://www.europarl.eu.int/> en Peggy VALCKE en Eleni KOSTA, «Data “re-tensions” in the European electronic communications sector», in KIEKERGAARD S. (ed.), *Proceedings of the First International Conference on Legal, Privacy and Security Issues in Information Technology*, 2006, vol. 2, 373-395.

toegang tot informatie in netwerken of in de apparatuur van de gebruiker (b.v. *cookies*, *spyware*, *software-patches* of *-updates*) is enkel toegelaten wanneer de volgende voorwaarden cumulatief zijn voldaan:

- aan de abonnee of eindgebruiker wordt duidelijke en precieze informatie verschaft over de doeleinden van de verwerking en over zijn rechten in verband met de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer;

- aan de abonnee of eindgebruiker wordt de duidelijk leesbare en ondubbelzinnige mogelijkheid geboden de voorgenomen verwerking te weigeren.

Deze voorwaarden zijn niet van toepassing wanneer de toegang als enig doel heeft de verzending van een communicatie te vergemakkelijken, of een door de abonnee gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren.

Momenteel bestaat echter nog onduidelijkheid over de omvang en gevolgen van een eventuele weigering. Zo is vooreerst niet duidelijk of een systematische weigering door de *software* van de eindgebruiker (b.v. door de *browser* in het geval van *cookies*) volstaat, dan wel of voor iedere individuele toegang tot het eindapparaat (*i.e.* elk *cookie* afzonderlijk) de mogelijkheid tot weigering dient te worden voorzien. Over de gevolgen van een weigering kan worden opgemerkt dat de toegang tot informatie over de gebruiker vaak zal worden gebruikt om de *navigatie* door de gebruiker (dus niet de «verzending van de communicatie») te vereenvoudigen, zodat aan de weigerende eindgebruiker moeilijk dezelfde functionaliteit kan worden geboden.

Wat dit laatste betreft, gaf de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in zijn advies over deze bepalingen (advies nr. 08/2004 van 14 juni 2004 over het toenmalige art. 140) te kennen dat de *toegang tot websites niet zou mogen worden onderworpen aan het aanvaarden van één of ander cookie*, vermits dit de specifieke regeling volledig zou uithollen.

## 6. Overige faciliteiten of diensten

De artt. 130 tot 133 bevatten een aantal specifieke regels in verband met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van gebruikers bij het gebruik van *calling line identification* (CLI), *call forwarding* en in verband met aanbieden van een telefoongids of inlichtingendienst aan abonnees, terwijl de artt. 134 tot 136 een eerder algemene consumentenbeschermende rol vervullen. Zo verplicht artikel 136 de operatoren om hun medewerking te verlenen aan de activiteiten van de ombudsdienst voor de telecommunicatie, verbiedt art. 135 het ongevraagd activeren of deactiveren van *operatorkeuze* of *-voorkeuze* en richt art. 134 de ethische commissie voor de telecommunicatie op, met als voornaamste opdracht het uitwerken van een ethische code waarin regels zul-

len worden bepaald over de nummerreeksen waarbij naast de communicatie ook voor de inhoud dient te worden betaald (bijvoorbeeld: 0900-nummers, zoals de bekende «roze» nummers...). Het beroep tegen de beslissingen van de ethische commissie wordt door de afzonderlijke Wet betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie bij het hof van beroep te Brussel ondergebracht.

## H. Procedurele bepalingen

Titel V groepeert een aantal algemene bepalingen die noodzakelijk zijn voor de correcte toepassing van de nieuwe wet. In vier korte hoofdstukken worden een aantal aspecten van hoofdzakelijk institutionele aard gereguleerd. De volgende onderwerpen komen onder meer aan bod:

- *de uitwisseling van informatie* (artt. 137-138): deze artikelen voeren enerzijds voor het B.I.P.T. de mogelijkheid in om van operatoren alle informatie te verkrijgen voorzover deze evenredig is met de uitoefening van de opdrachten van het Instituut. Aan het B.I.P.T. wordt ook de integrale bevoegdheid toegekend te bepalen binnen welke termijn deze informatie dient te worden verstrekt. Opmerkelijk is verder dat alle informatie door de operatoren gratis ter beschikking dient te worden gesteld, en dat het B.I.P.T. indien nodig een dwangsom aan de operatoren kan opleggen. Verder verplichten deze bepalingen het B.I.P.T. om in de door de richtlijn voorziene gevallen de nodige informatie aan de Europese Commissie te bezorgen.

- *de consultatie- en samenwerkingsprocedures* (artt. 139-144): Elk artikel van dit hoofdstuk regelt een specifieke vorm van raadpleging. Art. 139 stipuleert dat het B.I.P.T. voor elke kwestie die onder zijn bevoegdheid valt, de betrokken actoren kan raadplegen, terwijl art. 140 het Instituut in principe verplicht om een openbare consultatie te organiseren over een beslissing die aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor een relevante markt (omzetting van de raadplegings- en transparantieprocedure van art. 6 van de Kaderrichtlijn). In een aantal specifieke gevallen en wanneer een voorgenomen beslissing een invloed zou kunnen hebben op de handel tussen lidstaten, dient het B.I.P.T. zowel de Europese Commissie als de NRI's van de Lidstaten te consulteren (art. 141, omzetting van de consolidatieprocedure van art. 7.3 Kaderrichtlijn). Art. 142 ten slotte regelt de voorlopige maatregelen.

Art. 143 bevat de procedure voor die beslissingen van het B.I.P.T. die door de Europese Commissie moeten worden goedgekeurd: enerzijds marktdefinities die afwijken van de Aanbeveling Relevante Markten, anderzijds de al dan niet aanwijzing van SMP-operatoren (art. 7.4 Kaderrichtlijn). Voor dergelijke beslissingen wordt voor de Europese Commissie de mogelijkheid voorzien om *door middel van*

*een gedetailleerde en objectieve beslissing met precieze voorstellen tot wijzigingen*, het Instituut te doen afzien van zijn voorgenomen beslissing.

– *strafbepalingen en diverse bepalingen (artt. 145-165)*

## Eindbeschouwing

Het oorspronkelijke opzet van de nieuwe Wet betreffende de elektronische communicatie was uitermate ambitieus: het was immers de bedoeling om alle bestaande basiswetgeving (tot voor kort hoofdzakelijk de Wetten van 1979 betreffende de radio-berichtgeving en titel II van de Wet van 21 maart 1991) integraal te vervangen door een nieuwe «elektronische communicatiewet» die nauwer zou aansluiten bij het nieuwe Europese kader. Ook alle secundaire regelgevende teksten zouden worden aangepast aan de nieuwe uitgangspunten: lagere drempels voor toegang tot de markt, stimuleren van bijkomende concurrentie tussen marktspelers en betere bescherming van de gebruikers. Gaandeweg werden de ambities echter op verschillende vlakken bijgesteld. Zo werden in 2003 de bepalingen over het statuut van de regulator (het B.I.P.T.) ondergebracht in een afzonderlijke wet. Het omzetten van de Europese richtlijnen op het federale niveau heeft onder meer daardoor aanzienlijke vertraging opgelopen. Tijdens de besprekingen van de nieuwe wet werd bovendien regelmatig afgeweken van de Europese richtlijnen. Ten slotte zorgde het Arbitragehof naar het einde van de werkzaamheden toe nog voor bijkomende complicaties, met als meest tastbare resultaat het behoud van de bepalingen over het gebruik van het openbare en private domein in de oude wet van 1991 en de noodzaak om de ontwerpwet voor te leggen aan het overlegcomité.

Of de nieuwe wet betreffende de elektronische communicatie erin zal slagen zijn doelstellingen te realiseren, zal sterk afhangen van de secundaire maatregelen en de toepassing ervan door de regulator<sup>(38)</sup>. De meest directe impact op de organisatie van de markten hebben uiteraard de bepalingen inzake SMP. Daarover organiseerde het B.I.P.T. weliswaar al een eerste consultatie met betrekking tot de marktanalyses in de *cluster* «toegang» (markten 1, 2, 11 en 12)<sup>(39)</sup>, maar de Europese Commissie mocht van België nog geen officiële notificaties ontvangen<sup>(40)</sup>. Het is dus voorlopig nog even wachten op de eerste SMP-beslissingen, niet in het minst omdat eerst het hoger vermelde samenwerkingsakkoord in werking moet treden.

Op Europees niveau wordt inmiddels wel al pijnlijk duidelijk dat één van de voornaamste doelstellingen van de richtlijnen van 2002, met name deregulering, nog verre van is bereikt. Integendeel, uit het overzicht van notificaties van NRI's in het buitenland<sup>(41)</sup> blijkt dat de nieuwe richtlijnen eerder tot *meer* regulering hebben geleid: meer markten, meer operatoren en meer verplichtingen<sup>(42)</sup>. Werkgelegenheid voor regulatoren (en juristen!) heeft het nieuwe kader dus alvast opgeleverd. Nu maar hopen dat ook de informatie- en communicatiesector zelf – en vooral de gebruikers! – daar beter zullen van worden.

(38) Totnogtoe werden slechts twee (weinig belangrijke) uitvoeringsbesluiten in het *Staatsblad* gepubliceerd: het *M.B.* van 1 september 2005 inzake radio-amateurs (*B.S.* 27 september 2005) en het *M.B.* van 12 december 2005 inzake kosteloze blokkering van oproepnummers (*B.S.* 16 december 2005). Voor het overige geldt bijgevolg de regel dat de bestaande besluiten van kracht blijven voor zover zij voldoende rechtsgrond kunnen vinden in de nieuwe wettelijke regeling.

(39) B.I.P.T., «Nationale consultatie ten aanzien van het ontwerp van besluit van de raad van het B.I.P.T. met betrekking tot de marktdefinitie, de analyse van de concurrentieverhoudingen, de identificatie van de ondernemingen met een sterke machtspositie en het vaststellen van de geëigende verplichtingen voor de markten van de *cluster* «toegang», opgenomen in de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003», 25 oktober

2005, <http://www.bipt.be/Telecoms/SMP/MarktanalyseToegang20051025.pdf>.

(40) Ons land ontving hiervoor op 13 oktober 2005 wel een formele aanmaning van de Europese Commissie, maar nadien geen met redenen omkleed advies, in tegenstelling tot een aantal andere Lidstaten (op 14 december 2005). Zie ter zake de persberichten van de Commissie: [http://europa.eu.int/information\\_society/policy/ecom/implementation\\_enforcement/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/policy/ecom/implementation_enforcement/index_en.htm)

(41) ICRI biedt een overzichtelijke tabel aan op zijn website <http://www.icri.be>, onder «Communications Law» (rechtstreekse link: <http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/documents/175tableremedies.doc>).

(42) Kwatongen beweren dat dit een noodzakelijk gevolg is van de overlevingsdrang van sectorspecifieke regulatoren...